

Boletín Nº **5**
del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: JORGE VÉLEZ GARCÍA

**LOS EXÁMENES DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA
LEY DE JUSTICIA Y PAZ**

Luis Andrés Fajardo Arturo.

**LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS
IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES**

Luis Andrés Fajardo Arturo y Luis Javier Moreno Ortiz.



Universidad Sergio Arboleda

Universidad Sergio Arboleda

BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

LOS EXÁMENES DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA
LEY DE JUSTICIA Y PAZ

® *Luis Andrés Fajardo Arturo*

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES
CONSTITUCIONALES

® *Luis Andrés Fajardo Arturo y Luis Javier Moreno Ortiz*

Primera edición: mayo de 2006.

Reimpresión: julio de 2008

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Calle 74 No. 14-14.

Teléfonos: 3 22 00 80 - 3 22 02 82 - 5 40 03 00.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Bogotá, D.C.

Impresión: Grafi-Impacto

ISSN: 1909-3977

*Lo verdadero es siempre sencillo,
pero solemos llegar a ello por
el camino más complicado.*

George Sand

LOS EXÁMENES DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Luis Andrés Fajardo Arturo
Investigador de la Escuela de Derecho

SUMARIO: I. EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL A LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN, EN CABEZA DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS. II. EN CUANTO A LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN DEL PROCESO PENAL.

En los últimos meses hemos sido testigos de una lluvia de controversias y opiniones sobre la ley 975 de 2005, denominada ley de justicia y paz, la que justamente se encuentra hoy bajo la lupa de la Corte Constitucional quien decidirá si prosperan o no los innumerables cargos de los cual ha sido objeto la citada norma.

Pues bien, de todo ese universo controversial, se puede rescatar, y es necesario hacerlo, una serie de problemáticas jurídicas que trascienden la sola exequibilidad de la ley en estudio y que se constituyen en cuestionamientos fundamentales sobre la interpretación constitucional y sobre el alcance y contenido del derecho vigente en Colombia.

La discusión primordial se centra en la existencia y el alcance de un supuesto derecho humano, constitucionalmente reconocido, a la verdad, justicia y reparación. De ese primer punto de estudio

surgen dos interrogantes, a saber: ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que una norma de derecho internacional haga parte del bloque de Constitucionalidad Colombiano? Y bajo la respuesta encontrada pasaremos a preguntarnos si: ¿existe una norma de derecho internacional que consagre el derecho humano a la verdad, justicia y reparación y que cumpla los requisitos para ser parte del derecho constitucional colombiano?

Luego de resolver esa discusión, vale la pena, de todas formas, adentrarse en el caso concreto y compararlo con los principios y fundamentos jurídicos que sirven de base a los contradictores de la norma para analizar la supuesta inexecutable, para ello trabajaremos dos cuestiones: primero habrá que resolver si son aplicables los principios de la verdad, justicia y paz al caso colombiano; para terminar por analizar la compatibilidad de la norma con los derechos reconocidos en la Constitución Colombiana.

I. EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL A LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN, EN CABEZA DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS.

La argumentación utilizada por quienes pretenden demostrar la inconstitucionalidad de la Ley 975 de 2005 establece como premisa mayor el presupuesto de existencia de un derecho constitucional a la verdad, justicia y reparación para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. A partir de allí un silogismo de difícil justificación interna, construye una conclusión bajo el supuesto de que los artículos de la ley citada contradicen el alcance del dicho derecho.

Una cuestión interesante surge frente a tales argumentos, a saber:

A. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que una norma de derecho internacional haga parte del bloque de Constitucionalidad Colombiano?

La Constitución en sentido formal –en palabras de Kelsen¹– es un documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas; este elemento hace referencia a todo el conglomerado normativo contenido dentro de la Constitución sin atender a otros parámetros. En cuanto concierne a la Constitución de 1991 ella establece la posibilidad de consolidar el cuerpo normativo constitucional a través del denominado bloque de Constitucionalidad, cuya misión, más que la de ampliar el conjunto de normas contenidas en ella, es la de servir como guía de interpretación para los derechos en ella estipulados.

Ello corresponde eficazmente al principio de subsidiaridad del Derecho Internacional, obedece al principio de universalidad de los Derechos Humanos y garantiza a la vez la existencia de una seguridad jurídica constitucional por la cual los derechos consagrados no pueden aumentar ni disminuir como efecto de otros instrumentos distintos a la misma Constitución.

La Corte Constitucional ha sido bastante juiciosa en definir y limitar el alcance del bloque internacional de constitucionalidad². La Corte ha considerado de mucha importancia el hecho de tener que conciliar la supremacía constitucional consagrada en el Art. 4 de la Carta con las disposiciones del Art. 93 de la misma que hace referencia

¹ VELASCO ENRÍQUEZ, María Fernanda. La constitución. En: <http://www.monografias.com/trabajos12/consti/consti.shtml#clas>.

² Entre otras sentencias, la Corte Constitucional ha tratado el tema del bloque internacional de constitucionalidad principalmente en: T-409 /92, C-574/92, T-426/92, C-4988/93, C-089/94, C-372/94 , C-555/94, de forma muy sistemática en la C-225 /95; y posteriormente en: SU-640/98, T-483 /99 , T-568 /99, T-202 /00, C-067/03, entre otras.

al derecho internacional y el resultado de ello ha sido una completa reglamentación del valor interno de los tratados.

La Corte ha diferenciado entre Bloque de Constitucionalidad estricto sensu y lato sensu. El primero de ellos está compuesto por los tratados relativos a fronteras territoriales así como aquellos que no pueden suspenderse en estados de excepción, el segundo, lo integran los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y algunas normas internas de diversa jerarquía que sirven como parámetro del control de constitucional normativo.

Respecto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Congreso, en palabras del doctor Gabriel Mora Restrepo, para que sean considerados jerárquicamente como superiores a las demás normas, deben cumplir con tres requisitos:

1. Que en ellos se reconozca un Derecho Humano.
2. Que tales Derechos Humanos sean de aquellos cuya limitación esté prohibida durante los estados de excepción.
3. Que los tratados donde estén ese conjunto de normas de Derechos Humanos sean ratificados por el Congreso³.

Sin embargo la Corte ha incluido dentro del bloque de constitucionalidad tratados que son susceptibles de suspensión en estados de excepción, solo que limitando sus efectos a servir de guía de interpretación a los derechos consagrados en la Constitución. Expresa así la Corte:

"...hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante

³MORA RESTREPO, Gabriel Mario. DIH y bloque de constitucionalidad. En: Dissertum, Expresión de lo justo. Colombia, Universidad de la Sabana, Edición número 4, septiembre de 2000, p. 16.

los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra Cfr. Sentencia C-225 de 1995.

"Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados⁴".⁵

En conclusión, el bloque de constitucional no está diseñado para aumentar el número de derechos contenidos en la Constitución ya que, por una parte, los tratados no derogables en estados de excepción ratificados por Colombia, contienen los mismos derechos (e incluso menos) de los ya consagrados en la Carta, y por otro lado, los tratados susceptibles de suspensión, solo integran el bloque de constitucionalidad para interpretar derechos contenidos en la Constitución.

Por lo tanto, para que el supuesto derecho a la verdad, justicia y reparación, pueda considerarse parte del bloque de constitucionalidad sería requisito necesario que estuviera consagrado en un tratado internacional ratificado por Colombia como un derecho intangible o inderogable. Pero como lo veremos a continuación, tal no es la situación ya que el supuesto derecho, no ha sido aún consagrado en una norma de derecho internacional, ni por Colombia ni por ningún otro Estado.

⁴ Negrillas fuera del texto original.

⁵ Sentencia C-067/03 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

B. ¿Existe una norma de derecho internacional que consagre el derecho humano a la verdad, justicia y reparación y que cumpla los requisitos para ser parte del derecho constitucional colombiano?

Quienes pretenden exponer la inconstitucionalidad de la ley 975 de 2005, sustentan la parte de la demanda dirigida a impugnar el contenido de la norma, en la supuesta contradicción que existe entre interpretación de los artículos de la ley con el desarrollo internacional que se ha dado, a los que ellos denominan el derecho humano a la verdad, justicia y reparación.

Ese desarrollo internacional del que ellos hablan, no es otro que el contenido en principios surgidos de doctrinantes internacionales frente a la violación de crímenes de guerra, y a algunos comentarios y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos relacionados con crímenes cometidos durante la dictadura Argentina.

La mismos contradictores de la ley 975 de 2005 reconocen que los Principios de Joinet, que son la columna vertebral de sus argumentos, no hacen parte del bloque de constitucionalidad, y es que no se trata de convenios o tratados, ni se trata de la interpretación de derechos fundamentales contenidos en la Carta, sino de simples producciones doctrinales, solicitadas a título de concepto por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a un conocido internacionalista, el profesor Joinet.

Frente a las alegadas frases dictadas por la Comisión Interamericana, cabe recordar que, en primer lugar, la Comisión IDH no es un órgano jurídico internacional sino un órgano de control político de la Convención IDH y, en segundo lugar, en el caso de las citas hechas por los demandantes, no se trata de observaciones generales hechas a la Convención IDH, ni de recomendaciones hechas al Estado Colombiano, sino de argumentos específicos

para el caso de Argentina, que no pueden ser utilizados objetivamente sino que deben leerse a la luz de la situación para la cual fueron proferidas.

De tal manera, el derecho al que aluden los contradictores de la ley, no es más que una producción doctrinal internacional, resultado principalmente de las graves violaciones de DIH en los conflictos internos e internacionales del mundo.

En dichas doctrinas, lo que se pretende es exigir a los Estados que han sido directamente responsables de graves violaciones de derechos humanos, que no escondan su responsabilidad tras de normas que generen impunidad. Es el caso de las dictaduras militares de Chile y Argentina, del genocidio en Guatemala de finales de los años 80, entre otros. En dichos casos, el Estado adelantó procesos de olvido para esconder su propia responsabilidad y dejar impunes los crímenes cometidos por sus propios miembros.

En el caso de la ley 975 de 2005, el problema que nos ocupa es diferente, los crímenes cometidos a los que hace referencia tiene como autor a movimientos armados ilegales y no al Estado, de donde se colige, que la responsabilidad que tiene el Estado frente a la justicia es la de condenar a los autores de los hechos y promover investigaciones dirigidas a encontrar la verdad y a reparar a las víctimas. El Estado no es el dueño de la verdad ni el responsable de la reparación, puesto que no son sus actos los que se juzgan.

En otras palabras, no existe ningún derecho a la verdad, justicia y reparación en el Derecho Internacional y en cualquier caso Colombia no ha firmado ni ratificado ningún tratado internacional que contenga un tal derecho, por ende, y visto que ello es requisito para ser parte del bloque de constitucionalidad, no se puede construir una premisa mayor de juicio de constitucionalidad, sobre el supuesto derecho, puesto que dicho juicio queda, a la luz de las

reglas de interpretación del profesor Robert Alexy, injustificada tanto interna como externamente⁶.

II. EN CUANTO A LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN DEL PROCESO PENAL.

Es importante comenzar por establecer, que si bien no existe un derecho humano a la verdad, justicia y reparación, ellos son principios guías de la acción estatal, fundamentos y fines de la función legislativa y judicial del Estado. De tal manera que la discrepancia o concordancia de una norma con estos principios son elementos relevantes a la hora de realizar un análisis serio de la misma y más aún si se pretende partir de una concepción objetivista del derecho en el que prime el contenido sobre la forma.

A) La pertinencia de la ley 975 para cumplir con las exigencias de los principios, de verdad, justicia y reparación en los procesos de graves violaciones de derechos humanos.

Para establecer un vínculo entre los citados principios y la Constitución, se podría establecer (aunque ello necesite de un ejercicio argumental bastante complejo) que existe conexidad con el derecho al debido proceso o al acceso a un recurso efectivo, casos en los cuales, los postulados de la ley 975 sobre las herramientas para investigar la verdad, penalizar a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos y reparar a las víctimas y sus familiares, e incluso rehabilitar a las comunidades afectadas, se revelarían como sobradamente satisfactorios frente a las exigencias de la Carta.

⁶ Internamente injustificada puesto que la premisa mayor contendría un supuesto universal incompatible con el caso particular de la premisa menor ya que no se puede derivar un alcance jurídico de una norma inexistente, y externamente injustificada puesto que como se demostró, el supuesto derecho no es una norma de carácter constitucional.

En efecto, analizando sumariamente los argumentos de quienes combaten la ley, se puede analizar que no existe ninguna trasgresión de las exigencias de dicho derecho, sino que por el contrario, la ley cumple a cabalidad con lo que se podría catalogar como el objetivo de buscar la verdad, la justicia y la reparación.

Los argumentos principales de los contradictores de la norma son los siguientes:

1. Que las penas de 5 y 8 años no son proporcionales a los crímenes cometidos, sustentándose para ello en la forma de tasación de la pena de la Corte Penal Internacional.

Frente a ese tema, vale decir que la tasación de las penas es un derecho exclusivo de cada Estado fundamentado en el ejercicio de su soberanía. Ningún otro Estado u órgano internacional puede exigir al Estado colombiano la imposición específica de una pena frente a un caso concreto, ello constituiría una violación del principio de no ingerencia que es uno de los pilares del derecho internacional moderno.

Si bien es cierto que existe una obligación general consistente en no dejar impunes los crímenes cometidos, el grado de la pena depende exclusivamente del Estado a quien corresponde analizar su tasación en vista a la función social que ella tiene, sin que exista ni pueda existir en el derecho internacional, formula alguna que de manera objetiva y matemática establezca penas para ciertos delitos.

Desde esta perspectiva, si bien los años de castigo contemplados en la ley impugnada resultan a priori escasos, hay que analizarlos a la luz del objetivo que conlleva el proceso de paz en su totalidad, a sabiendas que para garantizar los Derechos Fundamentales de los colombianos puede resultar más beneficioso cesar el conflicto y evitar que las violaciones de derechos continúen, a mantener penas altas para los violadores, que en la realidad resultan ser más simbólicas que efectivas, vista la cantidad de condenados.

2. Que el derecho colectivo a la verdad no se cumple a cabalidad por efecto de algunas frases de la ley.

Primero que todo habría que analizar hasta que punto es colegible un derecho colectivo a la verdad a partir del derecho al debido proceso contenido en la Constitución. Ningún instrumento jurídico inmerso en el bloque de Constitucionalidad hace referencia a dicho derecho, solo se lo puede encontrar en algunas interpretaciones doctrinales internacionales citadas por los demandantes, las cuales no tienen ningún valor constitucional.

En todo caso, la ley 975 de 2005, contiene una extensa variedad de herramientas destinadas a hacer públicos los procesos penales e incluso, prevé la creación de una comisión compuesta por elementos del Estado y los distintos grupos ilegales con el fin de buscar la verdad de los hechos cometidos y hacerla pública.

Los demandantes de la norma argumentan que los artículos que se refieren a la participación de la víctima y los familiares en los procesos, a el acceso que ellos tendrán a los instrumentos procesales, la palabra "pertinencia" adjunta a los hechos que se darán a conocer a las víctimas y sus familiares, así como la participación del Estado en la Comisión de la verdad, son limitantes del derecho a la verdad colectiva y que por ende deben ser declarados inconstitucionales.

La pretensión de la ley, con una lectura rápida de sus artículos en conjunto, es permitir, antes que nada a las víctimas y a sus familiares acceder a la verdad, serán ellos quienes se encarguen de dar a conocer los hechos concretos, pero no es al Estado a quien le corresponde sobrepasar el duelo y la intimidad de las víctimas, para dar publicidad a hechos concretos. En cuanto a la pertinencia de la información que pertenece a las víctimas, hay que tener en cuenta que si se pretende respetar el derecho de las víctimas frente a la verdad, habrán partes de los hechos que le correspondan saber únicamente a algunas víctimas y de ello, más que de la seguridad de algunas personas y testigos, debe dar cuenta el Estado.

El supuesto derecho colectivo a saber la verdad, como una forma de garantía para que los hechos no vuelvan a repetirse, no justifica sobrepasar el dolor y la intimidación de las víctimas, ni hace indispensable conocer los pormenores de los hechos y las atrocidades cometidas, el objeto de ese supuesto derecho no es satisfacer el morbo colectivo, sino dar a conocer los hechos y sus razones en su conjunto, y para ello las herramientas contenidas en la ley son más que suficientes.

3. Que los artículos referentes a la reparación de las víctimas violan el derecho a la reparación, tanto por el contenido de la reparación como por el hecho de no reconocer un derecho a reparación para ciertas colectividades como partidos políticos u organizaciones sociales.

La reparación de las víctimas contemplada por la norma, no está únicamente comprendida por la indemnización, sino igualmente por la verdad, las garantías de no repetición, la rehabilitación de comunidades, entre otras.

En general, se prevé la creación de un fondo de reparación para el cual quienes se acojan a la ley deberán entregar los bienes obtenidos ilícitamente y además en casos concretos, se prevé una parte del proceso en que las víctimas podrán hacer las reclamaciones pertinentes sobre las reparaciones.

La ley de ninguna manera pretende dejar sin reparación a las víctimas o familiares de las víctimas, por el contrario enumera una serie de herramientas para hacer la reparación viable, y además de las víctimas individuales y sus familias, la ley prevé reparación a comunidades, rehabilitación a víctimas, familias y comunidades, contacto con organizaciones sociales, ayuda especial a niños, mujeres y ancianos.

En cuanto al argumento de la reparación colectiva a partidos políticos y organizaciones, hay que poner de manifiesto que la

reparación en nuestro sistema es la consecuencia de un daño producido por un hecho, no una forma de sanción. Si se trata de violación de derechos humanos, quienes ostentan esos derechos son justamente las personas individuales; las organizaciones y los partidos políticos no pueden ser sujetos de derechos humanos. Parece más antijurídico el pretender generar indemnizaciones a organizaciones y partidos políticos por medio de una ley de justicia y paz, que el limitar las reparaciones a las verdaderas víctimas de los hechos, tanto a nivel individual como a nivel comunitario, que es lo que hace la ley.

B. La justificación constitucional de la ley 975 de 2005: La búsqueda de la paz como un derecho humano.

Como se ha visto hasta ahora, no existe un derecho internacionalmente reconocido a la verdad, justicia y reparación, tampoco, en consecuencia, existe un derecho constitucional de tal naturaleza ni siquiera en el bloque de constitucionalidad, y en últimas la ley cumple con lo que de los derechos y principios constitucionales podría derivarse como exigencias de verdad, justicia y reparación.

Sin embargo hay un punto fundamental para estudiar en el caso de la ley de Justicia y Paz, y es que si bien ella no colisiona con ningún derecho constitucional, ella es en cambio la herramienta necesaria para hacer efectivo un derecho humano constitucionalmente reconocido.

Hago referencia al derecho a la paz, contenido en el Art. 22 de la carta fundamental, el cual no solo justifica sino que exige del Estado, establecer herramientas destinadas a terminar con el conflicto armado y propender por un cese de la violencia en todo el país.

Los contradictores de la ley de Justicia y Paz fundan sus pretensiones en principios que se basan en la protección de las víctimas, pero olvidan que dichos principios han surgido de su posible aplicación

a conflictos que ya han cesado y donde no se justifica una negociación de penas a cambio de nada.

En Colombia la necesidad de la desmovilización de los grupos ilegales, va más allá de la protección de las víctimas presentes, y se convierte en una forma de protección a posteriori de todos y cada uno de los colombianos.

Del principio Pro Homine es fácilmente deducible que es más importante evitar que se sigan cometiendo graves violaciones de los derechos humanos, a poner penas altas a quienes comentan esos crímenes. Al fin de cuentas, de nada le sirve a un país mantener en su legislación penas ejemplarizantes cuando a la hora de la verdad dichas penas no son aplicables porque los criminales siguen campantes en medio de nuevos combates.

El derecho a la paz debe ser protegido por el Estado y en un test de proporcionalidad entre los derechos protegidos con la ley de Justicia y Paz frente a los supuestos derechos de la Verdad, Justicia y Reparación, es evidente que un derecho constitucional, que se traduce en la garantía de que no vuelvan a suceder graves crímenes contra los Derechos de todos los colombianos, tiene una ventaja insuperable frente al supuesto derecho de algunas víctimas a que sus victimarios sean castigados con severidad.

La ley de Justicia y Paz es un esfuerzo por terminar con la violencia armada en Colombia, y aunque como toda obra humana, puede tener mil errores que solo la historia podrá juzgar con certeza, lo cierto es que es la herramienta escogida por el legislador y que su exequibilidad no puede depender de interpretaciones amañadas o voluntades políticas, sino de la estricta comparación con los derroteros de la Constitución y es en ese sentido como hemos tratado de analizar esta norma.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES

*Luis Andrés Fajardo Arturo
y Luis Javier Moreno Ortiz.*

SUMARIO: 1. APUNTES GENERALES SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES APROBATORIAS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. §.1. DE LAS DECISIONES DEFINITIVAS O DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA. §.2. DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS. 2. LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, SUS CIRCUNSTANCIAS Y SU APROBACIÓN. §.3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. §.4. LA LEY APROBATORIA DEL ESTATUTO DE ROMA DE 1998. §.5. EL ESTATUTO DE ROMA DE 1998 Y SU INCORPORACIÓN AD HOC A LA CONSTITUCIÓN. 3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY APROBATORIA DEL ESTATUTO DE ROMA. §.6. LA SENTENCIA C-578 DE 2002. §.7. LA RATIO DECIDENDI DE LA DECISIÓN. §.8. ALGUNOS APARTES DEL VOLUMINOSO DICTUM DE LA DECISIÓN. §.9. DE LA COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE LOS "PODERES PÚBLICOS". §.10. LA SENTENCIA EN CUESTIÓN O LA CUESTIÓN PARCIALMENTE CUESTIONABLE DE LA SENTENCIA. §.11. DECLARACIONES INTERPRETATIVAS O RESERVAS A LOS TRATADOS, UNA CUESTIÓN DE OBJETIVOS. §.12. EL INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE COLOMBIA AL ESTATUTO DE ROMA Y SUS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS. §.13. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y COLOMBIA: EL ORIGEN DE UNA FUERTE RELACIÓN.

1. APUNTES GENERALES SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES APROBATORIAS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

La Constitución de 1991, buscando preservar la coherencia que siempre debe existir entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento internacional, estableció, en el artículo 241.10, una competencia especial, en cabeza de la Corte Constitucional, para decidir

definitivamente sobre la inexecutable de los tratados internacionales. Pese a la inexactitud de esta norma, que habla impropia-mente de tratado, como sujeta materia del control, sin que se trate de un instrumento de derecho internacional en sentido estricto, pues hace falta el acto, indispensable para su vigencia, del canje de ratificaciones, su sentido es impedir que se aprueben y pongan en vigencia tratados internacionales contrarios a la Carta Política.

§. 1. DE LAS DECISIONES DEFINITIVAS O DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA.

Este control sobre las leyes aprobatorias de tratados es, además de definitivo, como lo establece diáfano-mente la Carta, de forma y de fondo. La condición de definitiva que ostenta la decisión de la Corte, corresponde a lo que la misma Corporación ha definido en su jurisprudencia como cosa juzgada absoluta¹. Respecto a la cuestión de la cosa juzgada de sus propias decisiones, la jurisprudencia constitucional ha sido prolija y abundante. La cosa juzgada ofrece dos importantes dualidades temáticas, estructuradas a partir del factor material y el factor temporal. En cuanto al primer factor, se habla de cosa juzgada material cuando se trata de una norma que reproduce el contenido de otra ya juzgada, *verbi gracia*: que tiene su misma identidad material². En cuanto al segundo factor, se habla de cosa juzgada absoluta, por oposición a la cosa juzgada relativa. La Corte, en este preciso asunto, ha establecido reitera-damente en su jurisprudencia³, como regla general, que:

¹ Este tema reviste un especial interés y es de la mayor importancia. Empero, sin descartar la tarea de emprender posteriormente un estudio completo sobre la cuestión, de momento se hará una referencia marginal al tema, para efectos de lograr una aproximación comprensiva al fenómeno del control constitucional sobre las leyes aprobatorias de los tratados internacionales.

² Sobre el particular, la sentencia *C-710 de 2005*, hace una ilustrativa y clara síntesis de la jurisprudencia de la Corte sobre este asunto, destacando las condiciones para la existencia de la misma, señalando los casos en que no se configura y, quizá lo más importante, argumentando sobre la necesidad de la cosa juzgada material.

³ Ver, a manera de ejemplo, las siguientes providencias: *Auto 047 de 2006*, *Auto 228 de 2005*, *Auto 206 de 2005*, *Auto 091 de 2005*, *Auto 066 de 2005* y *Auto 012 A de 2005*.

En este orden de ideas, la regla general es la cosa juzgada constitucional absoluta, que comprende todos los posibles motivos o razones de inconstitucionalidad, y que la excepción, que como tal debe ser expresamente señalada en la Sentencia, bien sea en su parte resolutive o bien sea en su parte motiva, es la cosa juzgada relativa, que se refiere únicamente a uno o más motivos determinados de inconstitucionalidad y, por consiguiente, deja abierta la posibilidad de nuevas demandas contra la misma disposición, por otros motivos o razones.

§.2. DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS.

La competencia de la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, que conforme al texto de la Carta se extiende a los tratados mismos, ha sido establecida por la Constitución, en su artículo 241.10 en los términos más amplios. La Corte examina tanto los asuntos formales como los materiales en cada caso, verificando de una parte el cumplimiento puntual de todos los requisitos establecidos para su procedimiento de formación y, de otra, su coherencia o armonía respecto del contenido de la Carta.

Esta amplísima competencia, tiene importantes aspectos que la especifican, con caracteres propios dentro del complejo género de las competencias de la Corte Constitucional. Según la propia jurisprudencia de la Corte, apropiadamente traída a cuenta en la sentencia C-578 de 2002, que corresponde a la revisión de la ley aprobatoria del tratado que establece la Corte Penal Internacional, esta competencia tiene las siguientes características:

Según las sentencias C-468 de 1997 y C-468/97, MP: Alejandro Martínez Caballero, las características de dicho control son las siguientes:

"Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el

aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban" (CN art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional".

Dicho control de constitucionalidad, según la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (Ver entre muchas otras, las sentencias C-378/96, MP: Hernando Herrera Vergara; C-682/96, MP: Fabio Morón Díaz; C-400/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-924/00, MP: Carlos Gaviria Díaz) se ejerce después de que el Congreso ha aprobado el proyecto de ley y el Presidente de la República lo ha sancionado, pero antes de su perfeccionamiento a nivel internacional, tal como lo señalan los artículos 150, numeral 16, 189, numeral 2, 224 y 241, numeral 10 de la Carta. Este control tiene también una función preventiva (Ver Corte Constitucional, Sentencias C-468/97, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-376/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-426/00, MP: Fabio Morón Díaz; C-924/00, MP: Carlos Gaviria Díaz), pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano. De ahí que sea automático y general, puesto que se predica de todos los tratados aprobados por el Congreso sin necesidad de demanda ciudadana.

El control de constitucionalidad que ejerce la Corte es, además, tanto de carácter formal como material. Según lo prescrito en el artículo 241 numeral 10 Superior, el control formal de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado—esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes— así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente. En cuanto al examen de fondo, éste consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional.

Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de éstos introduciendo nuevas

cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Según lo dispuesto en el artículo 204 del Reglamento del Congreso, los proyectos de ley aprobatorios de tratados internacionales se tramitan por el procedimiento legislativo ordinario o común, con las especificidades establecidas en la Carta (sobre la iniciación del trámite de la ley en el Senado de la República, artículo 154, CN) y en el reglamento sobre la posibilidad del presentar propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de Tratados y Convenios Internacionales (art. 217 de la Ley 5ª de 1992). En relación con esta posibilidad, en la Sentencia C-227 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía, la Corte señaló que durante el trámite de un proyecto de ley que aprueba el tratado, pueden presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de tratados y convenios internacionales. Si el tratado es multilateral, es posible, en principio, introducir reservas, a menos que estén expresamente prohibidas, aún cuando siempre es posible hacer declaraciones interpretativas. El artículo 19 de la Convención de 1969 sobre derecho de los tratados dice: "Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trata (...)". En la práctica las soluciones convencionales son diversas: ciertos tratados prohíben cualquier tipo de reservas (como la Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar o las convenciones de Nueva York y Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica y Cambio Climático); otros autorizan las reservas sobre ciertas disposiciones únicamente (por ejemplo el artículo 42 de la Convención sobre Refugiados de 1951) y algunos excluyen ciertas categorías de reservas (como el artículo 64 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe las reservas de carácter vago). De manera general, una reserva expresamente permitida por las cláusulas finales del tratado no requiere ser aprobada o aceptada por los demás Estados (Artículo 20 párrafo 1 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986).

2. LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, SUS CIRCUNSTANCIAS Y SU APROBACIÓN.

La historia de desafueros y sinrazones de los seres humanos, que justifica la creación de una institución internacional, para juzgar dichas faltas, ha sido prolijamente relatada por diversos autores.

La Corte Constitucional, en un encomiable esfuerzo de síntesis, y haciendo alarde de una vasta erudición, describe el interesante proceso histórico que precede –y justifica– al amplio consenso que propicia la creación de la Corte Penal Internacional⁴. Esta Corte aparece con el deliberado propósito de "romper el ciclo de la violencia y de la impunidad". La historia de la Corte, hasta ahora, había sido la historia de un fracaso. La fallida institución de la Liga de las Naciones, trató de establecer algo parecido a esta Corte, por medio de un tratado de 1937, pero no logró ningún resultado. Este quizá fue el más reciente traspiés, pues la pretensión de juzgar a los criminales, cuyo antecedente más lejano, según se menciona en la sentencia, valiéndose para el efecto de la obra *War Crimes* de A. Neier, se remonta al juicio que se siguió a Peter von Hagenbach, en el año 1474, por los crímenes cometidos durante la ocupación de Briesach, en Alemania, a quien los jueces del Sacro Imperio Romano Germánico juzgaron por violar "las leyes de Dios y del Hombre" y lo condenaron a muerte. El siglo anterior, con su nutrida carga de guerras y desafueros, justificará la creación de Tribunales

⁴ Entre los muchos puntos destacables de esta sentencia está el pormenorizado recuento que hace de los tratados que han precedido la creación de la Corte Penal Internacional, entre los que están, según la lista hecha por la Corte, los siguientes: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981; iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994; ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.

de Guerra *ad hoc*, establecidos por los vencedores para juzgar a los vencidos, como es el caso del Tribunal de París, producto de la primera guerra mundial, del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal de Tokio, productos de la segunda guerra mundial, o más recientemente los Tribunales de Ruanda y Kosovo.

§.3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

El siglo XX ha estado marcado por la negación de los paradigmas de la modernidad, en lo teórico, y por el desconocimiento aberrante y mezquino de la dignidad humana, en lo práctico, prolongando con un capítulo más truculento la historia universal de la infamia. Las dos grandes guerras mundiales, las múltiples e inacabables guerras menores, el terrorismo y el recurrente fervor por acudir a las "vías de hecho" o a la "combinación de todas las formas de lucha", han sido un escenario frecuente para el horror y para la tragedia.

La brutalidad del hombre, su ambición de poder o su convicción de tener la razón y el derecho de imponerla de cualquier manera, justifica el renacimiento de la antigua preocupación por establecer un derecho de gentes, un derecho para la guerra, un derecho para preservar al hombre y a la humanidad de la degradación de los conflictos. Así, pues, se organiza un derecho internacional humanitario, que regula las condiciones mínimas para las situaciones límite que se viven en los conflictos.

Bajo la máxima medieval de lo que *a todos nos toda, a todos nos concierne*, ha venido surgiendo, con ocasión del conflicto, una amplia argumentación respecto del hombre y de la humanidad, que ha llevado, coherentemente, a la conclusión de que hay conductas que trascienden las fronteras de los estados e incumben a todas las personas, pues no sólo ofenden a las víctimas de los crímenes, sino a toda la humanidad. Por ello, el derecho internacional, a más de preocuparse de establecer un derecho para la guerra, ha venido

cambiando uno de sus principales supuestos, al considerar que no sólo los Estados y las organizaciones internacionales, son sujetos de este derecho, para incluir, también, así fuese retardadamente, a las personas. Si se examinan las circunstancias en las que ocurren los crímenes contra la humanidad, ya sea en medio de la guerra o por fuera de ella, como es el caso del terrorismo, los responsables de los mismos suelen ser personas naturales, unidas en bandas, hordas o mafias. Esta ampliación subjetiva de los destinatarios del derecho internacional, en este caso puntual en materia penal, brinda sustento a la creación de una Corte Penal Internacional, por medio del Estatuto de Roma de 1998, mediante un tratado multilateral.

§.4. LA LEY APROBATORIA DEL ESTATUTO DE ROMA DE 1998.

El Estado Colombiano hizo parte de la gestación del Estatuto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional. Coherente con sus acciones precedentes, Colombia presentó a consideración de su Congreso el texto del Estatuto para su aprobación. El Congreso Nacional, en medio del más amplio consenso, le brindó su aprobación mediante la ley 742 de 2002, que lacónicamente dispone:

ARTÍCULO 1°. Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

ARTÍCULO 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

ARTÍCULO 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

§.5. EL ESTATUTO DE ROMA DE 1998 Y SU INCORPORACIÓN AD HOC A LA CONSTITUCIÓN.

Dada la importancia del tema, el Gobierno de Colombia procuró evitar al máximo cualquier tipo de posible incompatibilidad entre

el Estatuto y la Constitución, para prevenir una eventual sentencia de inexecutableidad por parte de la Corte Constitucional en ejercicio del control a su cargo. Para cumplir con tal objetivo, en lugar de proceder a establecer cuáles serían las normas constitucionales incompatibles con el Estatuto, para reformarlas, como hizo Alemania, se siguió el ejemplo de Francia y se anticipó a la aprobación por el Congreso del Estatuto, proponiendo una reforma constitucional *ad hoc*, que adicionó, por medio del acto legislativo 2 de 2001, el emblemático artículo 93 de la Carta, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese el artículo [93](#) de la Constitución Política con el siguiente texto:

"El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY APROBATORIA DEL ESTATUTO DE ROMA.

La mera existencia del acto legislativo número 2 de 2001, que adiciona el artículo 93 de la Carta Política, implica unas especiales condiciones para el control constitucional de la ley 742 de 2002⁵.

⁵ De tal manera que el análisis constitucional de dicho Estatuto y de la ley aprobatoria se distingue de los demás ejercidos por esta Corte en cuanto existe un referente constitucional especial que tiene las características y los alcances jurídicos mencionados. Por ejemplo, la admisión de un "tratamiento diferente" para efectos de la aplicación del Estatuto, señala que la Corte debe proceder a constatar si existe alguna diferencia entre el Estatuto y la Constitución Nacional, pero, en caso de que ésta exista y se trate de una materia sustancial dentro del ámbito de la materia regulada por el Estatuto, no tendrá que declarar su inexecutableidad ya que el propósito del acto legislativo citado fue el de permitir,

Por regla general, la Corte puede revisar la constitucionalidad del proceso de formación de la ley aprobatoria del tratado y la constitucionalidad del texto mismo del tratado aprobado por la ley. Sin embargo, en este caso en particular, al existir una reforma constitucional que posibilita la aprobación del tratado, la competencia de la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad a su cargo, se encuentra limitada a la verificación del procedimiento de formación de la ley. No obstante, la Corte considera en su sentencia que tiene competencia también para revisar el procedimiento de celebración del tratado⁶.

§.6. LA SENTENCIA C-578 DE 2002.

El resultado de la revisión constitucional que hace la Corte de la ley aprobatoria del Estatuto de Roma, es la sentencia *C-578 de 2002*. Esta meritoria, profunda y útil providencia, además de resolver el problema planteado a su consideración, lo cual hace con eficiencia, claridad y precisión, se ocupa de desplegar un magnífico, prolijo y docto, aunque parcialmente cuestionable, análisis del Estatuto. El copioso conjunto de manifestaciones de la Corte, hechas a manera de *obiter dicta*, probablemente sea el mejor texto doctrinario existente en el país sobre la materia. La tarea académica emprendida por la Corte incluye, en sus propias palabras,

- a) Interpretar los alcances de dicho tratado, b) realizar una descripción y un análisis que permitan armonizar el Acto Legislativo 02 de 2001 con el resto de la Constitución, para luego, a partir de esas premisas, c) delimitar el ámbito especial del Estatuto y d) precisar los "tratamientos diferentes", identificados *prima facie* y en abstracto, independientemente de circunstancias fácticas previsible, imaginables o hipotéticas.

precisamente, "un tratamiento diferente" siempre que este opere exclusivamente dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de Roma. Por ello, la Corte en caso de que encuentre tratamientos diferentes entre el Estatuto y la Constitución delimitará sus contornos y precisará su ámbito de aplicación y, además, declarará que ellos han sido autorizados especialmente por el constituyente derivado en el año 2001. (Sentencia C-528 de 2002).

⁶ (...) la competencia de la Corte en relación con el control de constitucionalidad comprende resolver si: a) el procedimiento de celebración del tratado y b) el procedimiento legislativo mediante el cual se expidió la ley aprobatoria se ajustaron a la Constitución. El pronunciamiento en torno a estos dos aspectos, se realizará en el apartado 3 de la presente sentencia. (Sentencia C-528 de 2002).

En este orden de ideas, y dadas las particularidades del análisis material del Estatuto, la Corte, en este caso, se limitará a identificar los tratamientos diferentes, cuando versen sobre una materia sustancial dentro del ámbito de regulación de la competencia de la Corte Penal Internacional, en lugar de pronunciarse sobre inconstitucionalidades, inexequibilidades o incompatibilidades de las normas contenidas en el Estatuto habida cuenta del Acto Legislativo No. 2 de 2001.

§.7. *LA RATIO DECIDENDI DE LA DECISIÓN.*

Bajo las limitaciones de competencia que implica el entorno circunstancial de este caso, la Corte, luego de revisar detenidamente el procedimiento de formación del tratado, apreciando para este propósito: a) la competencia del embajador de Colombia ante la ONU y b) la aprobación presidencial al Estatuto de Roma, se ocupa de verificar la constitucionalidad del procedimiento de formación de la ley aprobatoria de éste, examinando: c) la presentación del proyecto de ley, d) su tramitación con mensaje de urgencia, e) la autorización para sesionar conjuntamente las comisiones de ambas cámaras, f) la presentación y publicación de las respectivas ponencias, g) la aprobación del proyecto en las comisiones, h) la aprobación del proyecto en las plenarias de cada una de las cámaras, i) la sanción presidencial de la ley, y j) su remisión a la Corte Constitucional para que ésta ejerza su competencia de control, de todo lo cual se da cumplida cuenta en el punto 3 de la sentencia, para afirmar, como *ratio decidendi* de su fallo, que:

En conclusión, tanto el tratado en revisión como la ley que lo aprueba, por cumplir todos los trámites de carácter formal, son constitucionales (...) ⁷.

⁷ En efecto, como consecuencia de esta *ratio*, la parte resolutive de la sentencia dispone:

RESUELVE:

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Tercero.- Disponer que se comunique inmediatamente esta sentencia al Presidente de la República para lo de su competencia, así como al Presidente del Congreso de la República.

§.8. ALGUNOS APARTES DEL VOLUMINOSO DICTUM DE LA DECISIÓN.

En estricto derecho, al no poder ejercer un control material o de fondo sobre el tratado y su ley aprobatoria, por imposibilitarlo el expreso mandato de la propia Constitución, reformada previamente con ese preciso propósito por medio del acto legislativo número 2 de 2001, y al haberse constatado que desde el punto de vista de su procedimiento de formación, tanto el tratado como la ley, son constitucionales, la tarea de la Corte está cumplida adecuada y suficientemente. Sin embargo, la sentencia continuará desarrollándose *in extenso*, elaborando un análisis material, a manera de *obiter dicta*, que se pretende justificar por

(...) dos principios fundamentales, a saber: (i) "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", como lo dispone el artículo 2 de la Carta relativo a los fines esenciales del Estado; y (ii) cumplir sus funciones en desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público y dentro del respeto a la independencia de los órganos que las componen (artículo 113 C.N.).

Para cumplir con dicha tarea, la Corte hace un resumen del tratado, que complementa con un análisis puntual de todos y cada uno de sus aspectos, señalando en cada caso las aparentes incompatibilidades que el Estatuto de Roma puede tener con lo establecido por la Carta Política y con el derecho interno. En su análisis, la Corte se refiere a múltiples asuntos complejos, entre los que vale la pena destacar los siguientes: el ejercicio de la soberanía como supuesto de las obligaciones internacionales⁸, las limitaciones que impone el

⁸ De conformidad con este principio, un Estado sólo se vincula internacionalmente cuando expresa su consentimiento en obligarse para determinados fines, como en este caso, para constituirse en parte de un organismo internacional creado mediante tratado y, como consecuencia de ello, se compromete de buena fe a cumplir las obligaciones que surgen de dicho tratado. La expresión de ese consentimiento reitera el carácter soberano de Colombia como Estado y su capacidad para adquirir obligaciones en el ámbito internacional. En el ejercicio de tal facultad, el Estado puede, autónomamente, aceptar limitaciones al ejercicio de su soberanía, y como lo autorizan los artículos 226 y 227 de la Constitución, llegar incluso hasta a ceder competencias propias que podrán ser ejercidas por organismos supranacionales. Ver, por ejemplo, las sentencias: C-331/96, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte analizó la constitucionalidad del "Convenio Constitutivo

Estatuto de Roma a la soberanía de los Estados⁹, algunos de los presupuestos de hecho para que opere la jurisdicción de la Corte Penal Internacional¹⁰, la compatibilidad de la jurisdicción de la Corte y de las amnistías o indultos¹¹, la posibilidad de existencia

de la Asociación de los Estados del Caribe", suscrito en Cartagena de Indias, el 24 de julio de 1994 y de su ley aprobatoria (Ley 216 de 1995); C-231/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que la Corte declaró la constitucionalidad la Ley 323 de 1996, aprobatoria del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996. El Estatuto no llega a tanto ya que no supone que el Estado ceda competencias pero, para proteger los derechos, sí limita el ejercicio de algunas de ellas, como se verá posteriormente.

⁹ Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado Parte– quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo.

¹⁰ En primer lugar, destaca la Corte que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no sólo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal.

¹¹ Según el artículo 17 del Estatuto, las reglas sobre inadmisibilidad tienen una excepción cuando el Estado no quiere o no puede investigar o juzgar, lo cual plantea la inquietud de cuál es la relación de dicha norma con la potestad del Estado colombiano de conceder amnistías o indultos "por delitos políticos" en ejercicio de las competencias que le son propias cuando se presenten "graves motivos de conveniencia pública" (artículo 150, numeral 17, CP.). Además, de conformidad con la regla establecida en el artículo 20 del Estatuto, en el evento en que un Estado haya otorgado una amnistía, un indulto, un perdón judicial, o cualquier otro beneficio penal, en un proceso adelantado por la jurisdicción nacional, a favor de una persona cuya responsabilidad penal vaya a ser examinada por la Corte Penal Internacional, ésta no la procesará de nuevo, a menos que los procedimientos internos hayan tenido como propósito el sustraer a la persona de la justicia. Siendo así, es preciso interpretar tanto el Estatuto como la Constitución para armonizarlos y delimitar el ámbito de cada uno.

En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de

diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento". Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86 CP). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que "por graves motivos de conveniencia pública" se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta, dentro de los cuales se destacan que (i) el órgano que los concede sea el Congreso de la República donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan a la Nación, (ii) que la decisión correspondiente sea adoptada por una mayoría calificada de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara, (iii) que los delitos objeto de estos beneficios pertenezcan a la categoría de "delitos políticos" y (iv) que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, "el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar" (artículo 150, numeral 17, CP). además, corresponde al gobierno en relación con la rama judicial conceder los indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad (artículo 201, numeral 2, CP).

La Corte encuentra que el Estatuto no pretende restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario. De ahí que el artículo 10 del Estatuto advierta que "nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". (...) Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

En segundo lugar, la Corte destaca que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

"Artículo 6. Diligencias Penales. (...)

"5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva.

En efecto, cuando se trate de situaciones que estén bajo una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte (artículo 5 ER) tanto el artículo 17 como el artículo 20 señalan de manera expresa cuatro distintas situaciones bajo las cuales la Corte Penal Internacional puede ejercer su jurisdicción:

de crímenes de lesa humanidad por fuera de conflictos armados y sin participación del Estado¹², la amplitud o menor precisión de las conductas criminales descritas por el estatuto¹³, el principio de responsabilidad penal internacional individual¹⁴, la imprescriptibilidad

i) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *indisposición* del Estado para investigar o juzgar (artículo 17.1 ER);

ii) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *incapacidad* del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (artículo 17.3 ER);

iii) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el *propósito de sustraer* a la persona de su responsabilidad penal (artículo 20.3, literal a) ER);

iv) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20.3, literal b) ER).

¹² (...) hoy en día el derecho penal internacional reconoce que algunas de las conductas incluidas bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal.

¹³ Si bien constitucionalmente es necesario que las conductas punibles sean definidas con precisión, en derecho penal internacional se ha admitido un grado de precisión menor en la descripción de las conductas que constituyen crímenes internacionales, básicamente por razones históricas y dada la gravedad de los hechos enjuiciados utilizando estas cuatro categorías.

¹⁴ El artículo 25 del Estatuto consagra el principio de responsabilidad penal individual sobre personas naturales por los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. La responsabilidad penal de personas jurídicas fue expresamente rechazada en las discusiones previas a la aprobación del Estatuto. Las razones para ello, entre otras, fue la necesidad de evitar a la Corte problemas de prueba insalvables, además de que la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente ni existen reglas de imputación consensuadas (Ambos, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional, Op. Cit. p. 116). Se excluye del Estatuto de Roma toda responsabilidad penal de personas jurídicas como potenciales responsables penales por las conductas proscritas en el Estatuto, ya que los crímenes contra el derecho internacional no son cometidos por entidades abstractas sino por individuos. Al margen de la responsabilidad de los Estados según el derecho internacional, la Corte Penal Internacional juzga y castiga a individuos, no a sus Estados de origen. Este principio tiene especial significación, ya que en él no se diferencia entre personas naturales particulares o servidores públicos. No sólo los funcionarios públicos sino también los particulares, especialmente los miembros de grupos al margen de la ley, pueden ser responsables individualmente por violación de los derechos humanos protegidos, por vía de la penalización de gravísimas conductas como las consignadas en el Estatuto de Roma. Así, toda persona que cometa un crimen de los descritos en el Estatuto en el territorio de un Estado Parte, o todo nacional de un Estado no Parte que cometa tales crímenes y que acepte la competencia de la Corte mediante un

de los crímenes cuyo juzgamiento corresponde a la Corte¹⁵, la pena de prisión perpetua¹⁶, la prohibición de reservas y la posibilidad de

acuerdo especial, es pasible de la competencia de la Corte Penal Internacional. Ello asegura que, por lo menos, respecto de delitos más graves exista un mecanismo adicional para impedir que queden impunes, tal como se analizó en la sección 4.3.2.1. de esta sentencia.

¹⁵ Según esto, la Corte Penal Internacional no deja de tener competencia sobre dichos crímenes, pese a que, dada la redacción amplia del Estatuto, la acción penal o la pena hayan prescrito según las reglas del derecho interno. Pero esta medida plantea algunos problemas jurídicos que es necesario resolver: ¿qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte y ésta pretende perseguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Por otra parte, ¿establece el artículo 29 del Estatuto de Roma un tratamiento diferente al previsto en el artículo 28 de la Constitución que prohíbe las penas y medidas de seguridad imprescriptibles?

En lo que respecta al primer problema, la Corte Constitucional considera que el propio Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de complementariedad, artículos 17 a 19 ER) respecto de delitos de competencia de la justicia penal nacional, al restringir la admisibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional a los casos en que la jurisdicción nacional no está dispuesta o no es capaz de perseguir el crimen que caiga en la esfera de su competencia (artículo 17 ER). Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito.

Precisamente en relación con la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de las penas, en un pronunciamiento anterior la Corte declaró exequible (Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero) la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988", bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención, formularía las reservas y declaraciones hechas por el Congreso de la República.

¹⁶ Las penas principales aplicables por los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión son sólo dos: la reclusión que no exceda de 30 años y la reclusión a perpetuidad "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (artículo 77. 1). Como penas accesorias están previstas la multa con arreglo a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y "el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe" (artículo 77.2). El tipo de pena a imponer depende de la "gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (artículo 78.1), debiéndose deducir a la misma el tiempo de detención antes de la sentencia (artículo 78 num. 2). En caso de que una persona sea encontrada responsable por más de un delito, el Estatuto establece que la Corte impondrá una pena por cada uno de ellos y una común en la que se especifique la duración total de la reclusión, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 78 ER. Por su parte, el artículo 79 ordena la creación de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de competencia de la Corte y de sus familias, pudiendo

declaraciones interpretativas¹⁷, la posibilidad de establecer una limitación temporal de competencia de la Corte para juzgar crímenes de guerra¹⁸.

ésta ordenar el traslado a dicho Fondo de las sumas y bienes que reciba a título de multa o decomiso, todo ello regulado y administrado por decisión de la Asamblea de los Estados Parte. Por su parte, el artículo 80 dispone que las penas establecidas en el Estatuto no afectarán el derecho interno puesto que nada de lo en él dispuesto se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la parte VII.

A excepción de la prohibición constitucional (artículo 34 CP) de la prisión perpetua y del problema de indeterminación de la pena respecto de los crímenes individualmente considerados, los artículos 77 a 80 del Estatuto de Roma no establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro orden constitucional. Los criterios para imponer la pena respetan los principios de dignidad humana y proporcionalidad, tienen cuenta no sólo la gravedad del crimen sino las circunstancias personales del condenado.

(...) Las normas anteriores establecen un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en dos materias. La primera tiene que ver con el principio constitucional del artículo 29 de la Constitución en lo relativo a la prohibición de la indeterminación de la pena. La segunda se refiere a la prohibición constitucional de la prisión perpetua (artículo 34 CP). Tales tratamientos diferentes fueron autorizados por el Acto Legislativo No. 2 de 2001 y operan exclusivamente en el ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas por el Estatuto a la Corte Penal Internacional.

En lo que respecta la forma como el Estatuto regula la determinación de las penas que serán impuestas a quienes sean condenados por la Corte Penal Internacional, éste no señala para cada uno de los crímenes descritos en los artículos 6, 7 y 8, la pena que corresponde ni fija límites mínimos, tal como tradicionalmente se ha hecho en el derecho penal colombiano. Ello, sin embargo, no supone un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento, puesto que las penas a imponer por los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son en todo caso determinadas y respetan el principio de legalidad de la pena que hace parte del derecho al debido proceso (artículo 29 CP).

¹⁷ Dentro de las cláusulas finales, se destaca la prohibición de reservas que consagra el artículo 120 del Estatuto. Según esta disposición, sobre la que existió una amplia polémica en un inicio, pero que luego alcanzó un amplio consenso en apoyo a la especialidad y efectividad del tratado, los Estados que se hagan parte del Estatuto, aceptan sus normas, tal y como fueron adoptadas en la Conferencia de Roma de 1998. El acuerdo logrado en torno a esta norma, impide condicionar la manifestación de voluntad a las condiciones propias del derecho interno de los Estados Parte, lo que ha llevado que en buena parte de ellos adopten medidas de carácter jurídico para que el derecho interno se adecue a lo dispuesto por el tratado. En el caso colombiano esto se hizo mediante el Acto Legislativo 02 de 2001. A pesar de esta prohibición, no ha sido extraño que los Estados consignen declaraciones al ratificar el Estatuto de Roma en relación con la determinación de la autoridad competente a través de la cual se tramitarán las solicitudes de cooperación que haga la Corte Penal Internacional, la reafirmación de la legalidad del empleo de armas nucleares.

¹⁸ El artículo 124 del Estatuto dispone, exclusivamente en relación con los crímenes de guerra, que el Estado podrá declarar al hacerse parte del Estatuto de Roma que "durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a

La Corte Constitucional, previendo oportunamente las dificultades comprensivas que genera su extenso trabajo académico, presenta en su sentencia un muy útil resumen, que, con el mismo propósito, el facilitar la comprensión de tan compleja cuestión, nos permitimos reproducir de la siguiente manera:

Por lo expuesto en esta sentencia, concluye la Corte que la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el correspondiente tratado son constitucionales.

Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y éstas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto. Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:

1) Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

2) El artículo 27 del Estatuto de Roma regula la improcedencia del cargo oficial como excusa para sustraerse del juzgamiento de la Corte Penal Internacional. Dicha disposición consagra un tratamiento diferente a los fueros especiales, a las inviolabilidades de los congresistas y al régimen de investigación y juzgamiento de otros altos funcionarios, consagrados en nuestra Carta, el cual fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. Dicho tratamiento especial, sólo será aplicable en el evento en que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia complementaria y no modifica las disposiciones internas correspondientes.

3) El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando. Así mismo, extiende la responsabilidad del

su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio". Así lo hizo Francia.

comandante a superiores civiles respecto de crímenes cometidos por sus subordinados en las circunstancias establecidas en el Estatuto de Roma. Este sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional.

4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001.

5) De las causales eximentes de responsabilidad penal consagradas en los artículos 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma, encontró la Corte que sólo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (numeral 1, literal c) del artículo 31 ER) y la regulación del principio de obediencia debida (artículo 33 ER), establecen un tratamiento diferente al previsto en la Carta. Tales justificaciones han sido sometidas a requisitos concretos que difieren de los establecidos en la Constitución, como por ejemplo, el hecho de que sólo se aplica a crímenes de guerra. Dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 y, en virtud del principio de complementariedad, dichas causales podrán ser esgrimidas, de conformidad con el Estatuto de Roma, ante la Corte Penal Internacional, una vez ésta haya asumido el conocimiento de un caso concreto.

6) En el artículo 77.1, literal b) del Estatuto faculta a la Corte Penal Internacional a imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Este tratamiento diferente de la prohibición de la prisión perpetua que consagra el artículo 34 de la Carta, fue autorizado el Acto Legislativo No. 02 de 2001, pero no habilita a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma.

7) En los artículos 61, párrafo 2, literal b y 67, párrafo 1, literal d, se admite la posibilidad de que la Corte Penal Internacional determine si es en interés de la justicia que una persona investigada o enjuiciada por ella esté representada por un abogado, lo cual abre la puerta no sólo para un tratamiento diferente al previsto en el artículo 29 de la Constitución en materia de derecho a la defensa técnica, sino para que los colombianos que eventualmente queden sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional no gocen efectivamente de este derecho y, por esto último,

se hará referencia también a este punto en el capítulo V denominado conclusiones finales.

Finalmente, esta Corte encuentra que la regulación de la presunción de inocencia que hace el artículo 66 del Estatuto se encuentra dentro del margen que la Constitución reconoce al legislador. En efecto, según el artículo 66 la Corte Penal Internacional podrá condenar a una persona responsable de los crímenes señalados en el artículo 5, cuando no exista duda razonable sobre su responsabilidad. Aun cuando dicho tratamiento difiere de la regla de carácter legal que comúnmente se aplica en el derecho penal colombiano según la cual sólo es posible dictar sentencia condenatoria cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, el artículo 29 constitucional no impide que el legislador establezca un criterio distinto también respetuoso de la presunción de inocencia.

§.9. DE LA COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE LOS "PODERES PÚBLICOS".

El dispendioso trabajo analítico de la Corte Constitucional, del cual se ha pretendido dar cabal cuenta en la sección anterior, no está relacionado con la función de control constitucional, como se ha puesto de presente al señalar su contenido como *obiter dicta* (§. 7), ya que no es el fundamento, motivo o razón de la decisión, y como, de otra parte, lo reconoce la propia Corporación, al justificar su empresa intelectual en el cumplimiento de "sus funciones en desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público", con el propósito de "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", como lo dispone el artículo 2 de la Carta relativo a los fines esenciales del Estado". (Videm §.8).

Dentro del ámbito propio de esta función y con el propósito antes anotado, la Corte incluye dentro de su sentencia de control de constitucionalidad, una serie de señalamientos puntuales, respecto de los cuales insta al Presidente de la República para que, en ejercicio de sus atribuciones, "declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo [los por ella señalados] que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma". Estos apartes son:

- (1) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.
- (2) Siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d).
- (3) Si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.
- (4) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las "otras razones" a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.
- (5) Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.
- (6) Los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.

§.10. LA SENTENCIA EN CUESTIÓN O LA CUESTIÓN PARCIALMENTE CUESTIONABLE DE LA SENTENCIA.

Tanto el enjundioso análisis emprendido por la Corte, como su resultado, plasmado en las seis sugerencias precedentes, al no corresponder a su función de control constitucional, como lo señala sin reservas la sentencia y lo precisa la aclaración de voto del

Magistrado Rodrigo Escobar Gil, no tiene ninguna incidencia en la decisión. Por ello, ese laborioso y extenso estudio, y sus conclusiones, que, se insiste, no son la *ratio decidendi* de la sentencia, deben calificarse, como ya se ha hecho *ad nauseam* en este escrito, como *obiter dicta*. Así, pues, podría cuestionarse, en primer lugar, el hecho mismo de la inclusión de este texto dentro de la sentencia, pues no parecería ser ese el medio adecuado para tal asunto.

La calidad innegable del análisis merece un reconocimiento de su valor. Sin embargo, y pese a su gran utilidad como hipótesis de trabajo, o como material académico, *prima facie* no aparece ningún motivo que justifique su necesidad, pues su resultado, presentado como una serie de sugerencias, no es vinculante para el Presidente y, lo que es más significativo, aún en el caso de que fuesen acogidas las sugerencias y, en consecuencia, se hicieran las declaraciones interpretativas, estas no serían vinculantes para la Corte Penal Internacional.

Como lo plantea la aclaración de voto mencionada, al haberse incorporado *ad hoc*, con nombre propio y términos precisos, el Estatuto de Roma a la Constitución, merced a la reforma del artículo 93 de la misma, no sería posible plantear, siquiera teóricamente, que este tratado pudiese ser interpretado de manera contraria a la Constitución. Para sostener esta posibilidad habría que sostener también que la Constitución puede ser contradictoria. Este sinsentido teórico imposibilita hacer una declaración interpretativa.

De otra parte, la circunstancia de que el Estatuto haya prohibido expresa y terminantemente la posibilidad de hacer reservas al mismo, imposibilita el condicionamiento de la autonomía de la Corte Penal Internacional.

Así, pues, a pesar de las declaraciones interpretativas, la Corte Penal Internacional tiene, en todo caso, autonomía para decidir los asuntos de su competencia. La audaz aventura intelectual de vaticinar lo que podría ocurrir al momento en que la Corte ejerza su competencia,

es un notable esfuerzo hipotético, pero no es más que eso. El aventurarse a sostener, así sea académicamente que, por ejemplo, el Estatuto de Roma en nada se opone al otorgamiento de amnistías o indultos, no pasa de ser una opinión, docta y respetable, pero apenas opinión. Y como mera opinión, ni vincula a nadie, ni es un anticipo de lo que efectivamente pasará, pues eso lo decidirá el juez competente al momento de ejercer, en su autonomía, esa competencia.

§.II. DECLARACIONES INTERPRETATIVAS O RESERVAS A LOS TRATADOS, UNA CUESTIÓN DE OBJETIVOS.

La extensa y enjundiosa explicación de la Corte Constitucional en la estudiada sentencia, tiene como objetivo motivar al gobierno a incluir en su instrumento de ratificación una serie de explicaciones sobre la posición de Colombia frente al Estatuto de Roma. Se hace importante por lo tanto, dar un vistazo general sobre lo que significa una declaración interpretativa y finalmente para lo que puede servir.

Pues bien, si se está en presencia de un tratado cuyo objeto, finalidad y contenido en general, que convienen a un Estado a excepción de algunas de sus disposiciones, el Estado tiene la opción de escoger entre dos caminos: (1) puede rechazar la opción de ser Parte en el tratado, a fin de que no le sean aplicadas las disposiciones que no le convienen, o bien, (2) puede, sin cortar completamente los vínculos, consentir a comprometerse, declarando al mismo tiempo, (a) que excluye pura y simplemente de su compromiso las disposiciones que le son inconvenientes, o bien, (b) que él entiende que a su respecto las disposiciones deben aplicarse según un significado particular y aceptable para él. Si el Estado opta por la segunda opción y hace una declaración en ese sentido, se dice que formula una RESERVA a esas disposiciones. El Estado puede formular sus reservas durante la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del Tratado y dichas Reservas se regularan según las reglas del respectivo tratado o en su defecto según las reglas de la Convención de Viena de 1969.

Junto con las Reservas, la práctica contemporánea ha visto proliferar las llamadas "declaraciones interpretativas", cuya finalidad no es excluir o limitar la aplicación de una disposición del tratado, sino únicamente, el de ayudar a precisar el sentido de la norma.

Si la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas parece clara en lo abstracto, *in concreto* la situación es bastante compleja. Los Estados tienen una tendencia a concebir de manera bastante amplia los efectos de las declaraciones, y en la práctica las redactan de manera tan ambigua que el sentido de las normas convencionales puede verse falseado. Es, en algunos casos, una forma cómoda, y jurídicamente inaceptable, de evadir las reglas que limitan o prohíben las reservas.

Cuando una declaración interpretativa se traduce realmente en una Reserva, hay lugar a calificarla como tal y a aplicarle las reglas relativas a Reservas que tenga inmersa la respectiva convención. Esta posición ha sido reiteradamente confirmada por la jurisprudencia internacional. En la célebre decisión arbitral del 30 de junio de 1977, en el asunto de la Delimitación de la Plataforma Continental del *Mar de Iroise* (Francia v. Reino Unido), el Tribunal consideró que una de las declaraciones interpretativas hechas por Francia a la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958, tendía a excluir o modificar disposiciones de la convención y que por lo tanto debía regularse en consideración a los efectos que de ella nacían. En el asunto *Temeltasch*, la Comisión Europea de Derechos Humanos, consideró que "si un Estado formula una declaración a la presente como una condición de su consentimiento a ligarse por la Convención (Europea de Derechos Humanos) y que tenga como fin el de excluir o modificar el efecto jurídico de algunas de las disposiciones, tal declaración, sin importar cual sea su denominación, debe asimilarse como una reserva en el sentido del Art. 64 de la Convención" (Reporte del 5 de mayo de 1982). El Tribunal Europeo de Justicia adoptó la misma posición en el asunto *Belilos*, al considerar que una declaración interpretativa hecha por Suiza era incompatible con la prohibición del Art. 64 de

la Convención Europea de DDHH, que prohibía las reservas de carácter general, puesto de la declaración se podía presumir la intención de Suiza de excluir algunas disposiciones de la Convención y en el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, calificó como Reserva una declaración que Francia había puesto en relación con el Art. 27 del PIDCP.

De todo lo anterior se concluye, que la calificación y regulación de una declaración hecha por un Estado al momento de expresar su consentimiento en un Tratado, es una competencia del Derecho Internacional y no está sujeta a las denominaciones que el Estado quiera dar, sino a los efectos que objetivamente puedan derivarse de la redacción de la declaración.

§.12. EL INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE COLOMBIA AL ESTATUTO DE ROMA Y SUS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.

El instrumento de ratificación por el cual Colombia acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, fue depositado ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, según la información oficial de la ONU, el 5 de agosto de 2002, es decir, un mes después de que el Estatuto de la Corte había entrado en vigor. El depositado por Colombia fue el instrumento de ratificación número 77.

Las declaraciones que el Estado Colombiano hace en su instrumento de ratificación son las siguientes:

1. Ninguna de las disposiciones del estatuto de Roma referente al ejercicio de la jurisdicción por la Corte Penal Internacional privan al Estado colombiano de la posibilidad de conceder amnistías, suspensiones temporales de un castigo o perdones judiciales para los crímenes políticos, a condición de que se concedan en conformidad con la constitución y con los principios y las normas del derecho internacional aceptados por Colombia.

Colombia declara que las disposiciones del Estatuto se deben aplicar e interpretar de una manera constante con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y, por lo tanto, que nada en el estatuto afecta

los derechos y las obligaciones incorporadas a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en especial aquellas que se refieren al tema de amnistías, contenidas en el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra y en sus protocolos adicionales I y II. Asimismo, en caso que un nacional colombiano tenga que ser investigado y ser procesado por la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma debe ser interpretado y aplicado, cuando sea apropiado, de acuerdo con los principios y las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Con respecto a los artículos 61(2)(b) y 67(1)(d), Colombia declara que será siempre un interés de la justicia el hecho de que a los nacionales colombianos se les garantice completamente su derecho a la defensa, especialmente el derecho de ser asistido durante las fases de la investigación y procesamiento por la Corte Penal Internacional.

3. Referente al artículo 17(3), Colombia declara que el uso de la palabra "de otra manera" con respecto a la determinación de la capacidad del Estado de investigar o de procesar un caso, hace referencia a la ausencia evidente de las condiciones objetivas necesarias para conducir el proceso.

4. Considerando que el alcance del Estatuto de Roma está limitado exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción complementaria por la Corte Penal Internacional y a la cooperación de autoridades nacionales con esta Corte, Colombia declara que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma alteran el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de su jurisdicción dentro del territorio de la República de Colombia.

5. Sirviéndose de la opción proporcionada en el artículo 124 del Estatuto y conforme a las condiciones establecidas en él, el Gobierno de Colombia declara que no acepta la jurisdicción de la Corte con respecto a la categoría de los crímenes mencionados en el artículo 8 cuando el crimen alegado haya sido cometido por nacionales colombianos o en territorio colombiano.

6. De acuerdo con el artículo 87(1)(a) y el primer párrafo del artículo 87(2), el Gobierno de Colombia declara que las solicitudes de cooperación o ayuda serán transmitidas a través del canal diplomático y estarán dentro o serán acompañados por una traducción en la lengua española.

Según lo que antes se explicó, la mayor parte del texto en estudio corresponde a una declaración interpretativa en el sentido que el Derecho Internacional le ha dado, a dos excepciones: (1) la contenida en el numeral 5, que representa una reserva autorizada por el Estatuto de Roma y la cual crea una suspensión temporal de algunas competencias de la Corte, y (2) la contenida en el numeral 1,

cuya redacción deja suponer la intención del Estado Colombiano de excluir la competencia de la Corte Penal Internacional frente a los casos de amnistía o indulto.

Sobre ese punto es importante aclarar que: (1) La declaración colombiana hace referencia a los "crímenes políticos" los cuales, entendidos según el concepto general, no están cubiertos bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, de tal manera que se hace innecesaria tal declaración; (2) Ahora bien, si lo que Colombia pretende es cobijar bajo el manto del "delito político" alguno de los tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma, la declaración interpretativa carece del valor jurídico suficiente para excluir la competencia de la Corte, puesto que una declaración en tal sentido será entendida como una reserva, que en el caso del Estatuto de Roma está prohibida por el Art. 120, de manera que la mencionada declaración no podría producir ningún efecto en tal sentido.

En resumen, de todo el texto de las declaraciones que hace Colombia en su instrumento de ratificación, la única que tiene efectos legales, es la contenida en el numeral 5, las demás solo sirven para contextualizar el asentimiento del Estado, sin que ninguna pueda leerse como una limitación válida a la competencia de la Corte Penal Internacional.

13. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y COLOMBIA: EL ORIGEN DE UNA FUERTE RELACIÓN.

La Corte Penal Internacional¹⁹ con sede en La Haya, Países Bajos, entró en vigor el día 1 de julio de 2002 y es la primera institución internacional permanente que tiene competencia para procesar individuos responsables de los crímenes considerados internacionalmente

¹⁹ La información oficial sobre la Corte Penal Internacional está disponible en francés e inglés en la página de internet: www.icc-cpi.int

como de mayor gravedad. Dichos crímenes son: 1. Genocidio (Art. 6 del Estatuto), 2. Crímenes de lesa humanidad (Art. 7), independientemente de que hayan sido cometidos dentro de un conflicto armado y 3. Crímenes de guerra (Art. 8), incluyendo competencia sobre crímenes que ocurran en conflictos internos (Art. 8-2, inc. c al f). Además de estos crímenes, La Corte será competente sobre el Crimen de agresión (Art. 5), cuando los Estados Partes aprueben una definición del mismo durante la Conferencia de Revisión. Para ello hay plazo hasta el año 2009.

Si bien el crimen de terrorismo no está tipificado como tal en el Estatuto de Roma, los actos constitutivos de dicho crimen están comprendidos en el tratado a lo largo de los numerosos tipos definidos en los artículos 6 a 8. Las violaciones tipificadas en el artículo 8-2 inc. c y e del Estatuto "se aplica[n] a los conflictos armados que no son de índole internacional" (inc. d), y los define como aquellos que "... tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos" (inc. f). Cabe mencionar que en ninguna parte se reconoce explícita o implícitamente el carácter jurídico de parte beligerante a tales grupos armados y, por el contrario, se reafirma el derecho del Estado de defender su integridad territorial y el orden público (Art. 8-3).

La competencia de la Corte Penal Internacional **no es retroactiva** (Arts. 11 y 22), y solo puede ejercerse frente a aquellos crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto es decir, a partir del 1 de julio de 2002. Además, en el caso de Colombia, quien en su instrumento de ratificación hizo uso de la fórmula contenida en el Art. 124 del Estatuto de Roma, la Corte no es competente para conocer sobre crímenes de guerra, hasta el 1 de julio del año 2009.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional es **de carácter subsidiario** y su función es complementar a los sistemas de justicia

nacionales (Art. 1, Arts. 17 al 20), de tal forma que la Corte Penal no puede entrar a conocer un caso cuando éste es objeto de proceso ante un juez interno, excepto cuando los Estados son incapaces o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes de acuerdo a los estándares internacionales del debido proceso. Para tales efectos, la CPI entiende que existe falta de voluntad cuando un país hace evidentes esfuerzos por sustraer a una persona de su responsabilidad penal frente a un crimen de aquellos que conciernen la competencia de la Corte, y hay incapacidad, cuando el sistema judicial del Estado deja de funcionar.

Los casos pueden ser remitidos a la CPI por (Art. 13): un Estado Parte (Art.14); el Consejo de Seguridad de la ONU, o el Fiscal cuando éste decide abrir una investigación por iniciativa propia basándose en información de cualquier tipo de fuente tras haber solicitado la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (Art. 15).

Conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, la CPI no tiene competencia para aplicar la pena de muerte. Sin embargo la Corte puede imponer la reclusión por un periodo determinado que no exceda 30 años o la reclusión a perpetuidad cuando la gravedad del crimen así lo justifique (Art. 77); además de la reclusión, la CPI podrá imponer multas y decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes del crimen.

Al aplicar el principio general de derecho de igualdad ante la Ley, la CPI debe aplicar sin distinción ninguna la responsabilidad penal individual aún si se trata de un particular, de un combatiente ilegal, de un Jefe de Estado o de gobierno, de un representante del Parlamento o de un jefe militar (Arts. 25 y 28).

En lo que concierne a Colombia ello implica que la Corte Penal Internacional es igualmente competente para juzgar a particulares, guerrilleros, paramilitares o agentes del Estado, siempre que se vean implicados en uno de los tipos penales referidos, cometidos

después del 1 de julio de 2002 o del 1 de julio de 2009, según el caso, y bajo el supuesto comprobado de que el Estado colombiano no puede o no quiere juzgarlos.

En Marzo de 2005 en la primera intervención de la Corte Penal Internacional con relación a Colombia, el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, envió una comunicación al gobierno del presidente Álvaro Uribe, en la que solicita información sobre las investigaciones que se adelantan frente a los crímenes de lesa humanidad, y pide al gobierno que se le mantenga informado sobre los entonces proyectos de ley para castigar a los autores de dichos delitos, es decir sobre la actual ley de justicia y paz. La CPI aclaró que Colombia no está blindada ante la competencia de la Corte, por haber suscrito una reserva de siete años para delitos de guerra, y precisó que a la luz del artículo 124 del Estatuto (que la creó) "no tiene jurisdicción sobre crímenes de guerra, pero sí sobre alegaciones de crímenes de lesa humanidad y genocidio".

El Fiscal Moreno Ocampo, señaló incluso en su comunicación, que tiene conocimiento sobre cerca de 54 delitos de lesa humanidad cometidos por las organizaciones ilegales, por los cuáles aún no ha abierto investigación y cuyos detalles remitió a las autoridades colombianas.

Hasta el día de hoy, el fiscal Luis Moreno Ocampo, luego de un análisis riguroso y conforme a las disposiciones del Estatuto de Roma y del Reglamento de proceso y prueba, ha declarado la apertura formal de tres investigaciones: el 23 de Junio de 2004, sobre hechos sucedidos en la República Democrática del Congo, el 29 de Julio de 2004, sobre hechos sucedidos en Uganda y el 6 de junio de 2005 sobre hechos en Darfour, Sudan.